

A figura do *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal

Aluna: Letícia França Corrêa

Orientador: José Ribas Vieira

1. Introdução:

O presente trabalho analisa o papel do *amicus curiae* [1] - instituto jurídico-processual - que adquiriu relevância no Brasil, desde que foi incorporada [2] no direito brasileiro a possibilidade sua atuação em meio ao controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal [3].

O amigo da corte como terceiro intérprete dos comandos constitucionais nos processos de controle de constitucionalidade constitui objeto de relevante interesse no atual contexto jurídico, baseado na consolidação do constitucionalismo [4], que por sua vez possui íntima relação com o Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Tendo em vista que nos encontramos em uma sociedade culturalmente plural, são inúmeras as possibilidades de interpretação acerca dos comandos constitucionais – cuja observância é obrigatória para a elaboração e inteligência das legislações infraconstitucionais. De tal modo, que a Corte Constitucional responsável, em mais alto nível, pela exegese da Carta Magna, enfrenta o desafio de tornar suas decisões sustentáveis democraticamente, em especial nos temas de maior relevância social.

Diante disso, a presença do *amicus curiae* na jurisdição constitucional vem sendo entendida no Brasil como potencial instrumento para conferir legitimidade democrática às decisões do STF, visto permitir a participação da sociedade civil – constituindo-se em uma ‘aproximação da cidadania dos Poderes da República, em especial do Poder Judiciário’ [5].

Logo, se torna relevante entender como se dá efetivamente a participação dos amigos da corte diante do Supremo Tribunal Federal – tanto no que tange aos seus aspectos procedimentais, quanto no que se refere à sua utilidade para a construção da decisão do colegiado.

1.2. Objetivo

Almeja-se identificar as principais características da atuação do *amicus curiae* perante o Supremo, quais sejam: (i) como os ministros-relatores determinam os deferimentos e indeferimentos desse tipo de participação, (ii) qual é a estruturação dos argumentos dos interessados e (iii) quais os possíveis impactos da intervenção no resultado final alcançado pelo pleno da Corte.

1.3. Metodologia

A pesquisa incluiu estudos doutrinários (nacionais e internacionais) e jurisprudenciais. A pesquisa jurisprudencial restou concentrada em duas frentes, uma quanto à admissibilidade do *amicus*, que foi baseada principalmente nas decisões monocráticas dos ministros-relatores do STF. E a segunda sobre a contribuição material empreendida pelos *amici*, sendo esta por sua vez dividida em: uma por meio dos Recursos Extraordinários e outra através das ações diretas de controle de constitucionalidade.

Em relação aos recursos extraordinários frisa-se a impossibilidade de acesso aos memoriais apresentados pelos *amici curiae*, restando frustrado um estudo mais aprofundado

quanto a esse aspecto. Porquanto, nesses casos, a análise foi limitada aos atributos extrínsecos desses terceiros.

Os cortes metodológicos empreendidos para a viabilização da pesquisa resultaram em limitações quanto aos recursos extraordinários, considerando-se somente os (i) julgados no mérito pelo órgão Pleno do STF, (ii) cujo conhecimento pelo STF tenha ocorrido no período de 3.05.2007 à 31.12.2011, em função do critério da repercussão geral e que (iii) versassem sobre ato normativo do Congresso Nacional ou do Presidente da República.

Os mesmos cortes foram impostos na pesquisa quanto às ações de controle abstrato em razão da necessidade de equalizar as condições de apreciação acerca da participação dos *amici curiae* diante do STF.

1.4. Estrutura do Trabalho

Inicialmente, o trabalho aborda brevemente o instituto do *amicus curiae* sob seu aspecto histórico, em especial, seu desenvolvimento nos Estados Unidos da América, onde o amigo da corte encontra-se mais consolidado no mundo. São analisadas as principais regras pertinentes à atuação dos *amici* perante a Suprema Corte estadunidense.

Em seguida, é descrito o funcionamento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Nesse momento, são feitas considerações sobre o novo requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal, a repercussão geral.

Depois, procede-se ao exame dos diplomas legislativos pertinentes ao entendimento do *amicus curiae* no STF. Nesse sentido, são abordados os requisitos para o ingresso do amigo da corte no âmbito da jurisdição constitucional da Corte, assim como as especificidades da prática acerca de sua atuação.

Mais adiante, o trabalho foca na análise de processos de controle de constitucionalidade abstrato perante o STF nos quais estiveram presentes *amici curiae*. Para tanto, são colacionados os argumentos trazidos por esses terceiros e busca-se entender se e como as suas manifestações afetaram os debates e votos entre os ministros.

Por fim, diante dos elementos levantados ao longo do trabalho, é feita uma avaliação do instituto do *amicus curiae* no que tange seus limites e potencialidades de atuação perante o Supremo Tribunal Federal.

2. Visão Geral do instituto do *amicus curiae*:

A expressão *amicus curiae* remonta à Roma antiga e posteriormente, na Inglaterra medieval do séc. XIV [6]. O amigo da corte do direito inglês tinha como papel “auxiliar as Cortes, principalmente apontando erro manifesto em processos e trazendo informações relevantes contidas em precedentes judiciais e em *statutes* não conhecidos ou ignorados pelos juízes” [7].

Um dos pontos mais discutidos sobre o instituto é a questão de sua neutralidade, ou seja, os estudiosos se indagam até que ponto o amigo da corte seria um terceiro desinteressado cujo objetivo principal seria simplesmente ‘informar’ objetivamente os julgadores sobre pontos obscuros ou desconhecidos.

Entretanto, atualmente, o tema já não possui tanta relevância visto que o entendimento majoritário ser no sentido de que a neutralidade do *amicus curiae* é extremamente reduzida ou inexistente, sendo a regra haver inegavelmente a tendência dos amigos da corte de apoiar um dos lados na controvérsia constitucional.

Para os fins do presente trabalho, o instituto pode ser descrito como:

[...] um terceiro que intervém em um processo, do qual não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controvertida, informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo

legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente afetados pela decisão a ser tomada. [8]

Porém, para que se possa melhor contextualizar o *amicus curiae*, a análise dessa figura a partir de seu desenvolvimento nos Estados Unidos da América é necessária. Isso porque, foi nesse país ‘onde o instituto assumiu maior notoriedade, despertando interesse dos juristas, desde o século XIX’ [9].

Diante do uso intenso dessa figura jurídica nos EUA, a partir especialmente da atuação frente à Suprema Corte estadunidense, foram consolidadas as bases teóricas e processuais sobre o *amicus curiae* que diferentes graus influenciaram a conformação dele em diversos outros países, inclusive o Brasil.

2.1. O *amicus curiae* nos Estados Unidos

A jurisdição constitucional da Corte Constitucional americana se dá singularmente pela via concreta, em meio a um processo subjetivo. Por isso, *a priori*, inexistente a possibilidade de manifestação de sujeitos estranhos aos polos já previamente atuantes no processo. Porém, a decisão da Suprema Corte americana vincula os órgãos judiciais inferiores, em decorrência da figura do *stare decisis*.

E, portanto, a declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto traz como consequência a não-aplicação daquela lei a qualquer outra situação, porque todos os tribunais estarão subordinados à tese jurídica estabelecida. De modo que a decisão, não obstante referir-se a um litígio específico, produz efeitos gerais, em face de todos (*erga omnes*). [10]

Em virtude desse efeito geral é que o *amicus curiae* se torna elemento inovador no sistema da *common law*, na medida em que é viabilizada a participação de estranhos à relação material controvertida, que enseja a decisão sobre a constitucionalidade de uma lei.

A atuação do *amicus curiae* visa influenciar a decisão judicial sobre a conformidade com a Constituição americana – que produzirá efeitos por todo o sistema judicial. Com isso, é facultada à comunidade interferir num processo no qual *a priori* não poderia, mas que se torna de especial interesse para terceiros, devido à repercussão da decisão tomada em seu bojo sobre toda a sociedade.

O primeiro registro formal do *amicus curiae* em território norte-americano se deu no século XIX no caso *Green v. Biddle*. Nessa ocasião o senador Henry Clay solicitou, enquanto *friend of the Court*, nova audiência devido a falhas procedimentais na declaração de inconstitucionalidade de lei do Estado de Kentucky. [11]

Atualmente, o conteúdo das manifestações dos *amici curiae* é variado e inclui, dentre outras matérias: dados sociológicos, avaliações econômicas, ponderações éticas e estudos científicos [12]. Independentemente da natureza das intervenções, todas objetivam informar e influenciar a Corte.

2.2. A Regra 37

Atualmente, a regulamentação da intervenção do *amicus curiae* perante a Suprema Corte dos EUA é estabelecida pela Regra 37 do Regimento Interno. Desde o início de sua vigência, houve adições ao seu texto de modo a melhor definir os limites do instituto. Dentre elas está a exigência de o terceiro expor as razões pelas quais sua participação seria relevante para a Corte no caso concreto a ser julgado.

A seção 37.1 da Regra delinea como principal objetivo do *amicus* perante a Corte, o aporte de dados que podem ser relevantes para o julgamento, não ainda levantados pelas partes do processo. E desencoraja eventuais candidatos que não atendem esse requisito, uma vez que tal postura somente ensejaria na sobrecarga desnecessária de informações.

Em seguida, no item 37.2 especifica-se uma primeira oportunidade para um *amicus curiae* se pronunciar: antes de apreciação da Corte de petição por um *writ of certiorari*, *motion for leave to file a bill of complaint*, *jurisdictional statement* ou por *extraordinary writ*. Todas as petições citadas buscam a revisão judicial por parte da Suprema Corte de decisões de instâncias inferiores, sendo que a escolha de qual delas deve ser utilizada depende de diversos requisitos legais referentes a cada tipo caso a ser julgado.

O principal meio pelo qual uma lide chega até a Suprema Corte dos Estados Unidos é o *writ of certiorari* no qual os *Justices* aceitam o pedido feito através da *petition for writ of certiorari* de revisão de julgado de órgão inferior com base em uma avaliação discricionária acerca da relevância da matéria discutida no caso [13].

O *writ of certiorari* foi introduzido por lei em 1891 e fortalecido posteriormente através do *Judge's Bill* de 1925. Ele permitiu à Suprema Corte o exercício de controle sobre quais casos serão julgados por ela através de avaliação conduzida pelos nove juízes e que dispensa justificação seja na aceitação recusa do pedido de revisão. Tradicionalmente basta para a concordância em julgar o caso que quatro juízes se manifestem nessa direção.

Com a sua implementação, o número de casos apreciados pela Suprema Corte passou por uma redução quantitativa. No entanto, os casos que passaram a ser julgados após o processo de filtração instaurado pelo *writ* eram muitas vezes mais complexos, além de lidarem com temas de grande carga política, capazes de mobilizar intensamente vários segmentos sociais.

É facultada manifestação ao *amicus curiae* quando os juízes estão apreciando a petição de revisão, se irão aceitá-la ou recusá-la. De tal modo, o objetivo principal do amigo nesse momento é demonstrar aos magistrados a relevância da matéria presente em determinado caso, que é pressuposto fundamental para futuro julgamento.

Quando do julgamento de mérito da causa, também é permitida a participação sobre pontos que considerem relevantes na solução do caso e que deveriam ser considerados pelos magistrados. Ambos os lados da demanda podem ser apoiados por *amicus curiae* e se exige a autorização das partes do processo para a manifestação do *amicus*, permissão que pode, no entanto, ser suprida pela Corte.

Por fim, existe uma terceira possibilidade de participação de *amicus curiae* frente à Suprema Corte dos EUA que é a referente ao *Solicitor General*, a entidades governamentais e o *Attorney General* de Estados, Territórios ou Possessões. Essas pessoas específicas quando atuam não precisam de autorização das partes para ingressar no processo como amigo da Corte.

Conclui-se que nos Estados Unidos, o *amicus curiae* ‘foi um dispositivo flexível e útil para lidar com algumas dificuldades apresentadas pelas características do *common law* e do sistema acusatório, permitindo, em especial, a representação de órgãos governamentais e dos estados americanos’ [14]. Isso porque, “como *amicus* o governo consegue ingressar em processos em que o interesse público geral sobre a questão ou esclarecer pontos do caso.” [15]

3. O controle de constitucionalidade brasileiro

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é guardião da Constituição brasileira (art. 102, *caput*, CRFB) e para tanto detém o grau máximo de autoridade jurídica em relação ao controle de constitucionalidade. Na forma abstrata desse controle inexistem polos subjetivos diretamente envolvidos na controvérsia sobre a higidez constitucional ou não de um ato normativo combatido - entende-se tratar de um processo objetivo.

Por outro lado, o controle concentrado ocorre no bojo de um processo judicial pré-existente, onde a determinação sobre a constitucionalidade de uma norma é condição prévia para a manifestação judicial final. Logo, é um processo de cunho subjetivo, onde incidentalmente se faz necessário um juízo de constitucionalidade.

As ações diretas possuem efeitos *erga omnes*, ou seja, vinculam Administração Pública e Judiciário enquanto as decisões em controle incidental produzem, *a priori*, efeitos somente entre as partes do processo.

Todavia, a repercussão geral permite que a interpretação nos recursos extraordinários escolhidos como *leading case* sejam aplicados a todos os processos de mérito coincidente. Além disso, a súmula vinculante também surge como possibilidade de expansão dos efeitos *inter partes* em controle incidental de constitucionalidade. De tal modo, os dois tipos de controle se aproximam no que tange aos seus efeitos jurídicos.

3.1. A repercussão geral

A repercussão geral é um pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário trazido pela Emenda Constitucional n. 45/04, que inseriu no art. 102 da Constituição Federal, o §3º, cuja redação é a seguinte:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A finalidade da repercussão geral é delimitar a competência do STF às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa (transcendência) [16].

Uma vez que o Supremo entende pela presença de repercussão geral de determinado tema, é através de um *leading case* que o Pleno determinará a posição da Corte sobre o mérito debatido. Com isso, a decisão tomada no bojo desse *leading case* repercutirá sobre todos os recursos extraordinários que versam sobre o mesmo tema.

Portanto, a repercussão implica dupla objetivação do controle de constitucionalidade incidental, uma vez que se exige transcendência da matéria para que seja julgado o mérito, e uma vez julgado o mérito, a decisão vale para outros recursos, com partes diversas, quebrando com a regra do efeito *inter partes*.

A exigência de repercussão geral da questão constitucional tornou definitiva a objetivação do juízo do recurso extraordinário e dos efeitos dele decorrentes, de modo a que a tese jurídica a ser firmada pelo Supremo Tribunal Federal seja aplicada a todos os casos cuja identidade de matérias já tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal (art. 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) ou pelos juízos e tribunais de origem (art. 543-B do Código de Processo Civil), ainda que a conclusão de julgamento seja diversa em cada caso. [17]

4. Os principais marcos jurídicos para a atuação do *amicus curiae* perante o STF:

A. No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade:

A Lei n.º. 9.868/99, posteriormente, alterada pela Lei n.º. 12.063/09 foi o primeiro texto legal brasileiro a prever a participação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade abstrato:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (Vetado)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (grifos nossos)

Pouco depois, também em 1999, entrou em vigor a Lei nº. 9.882 para disciplinar o trâmite da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) perante o Supremo. O art. 6º do diploma estipula:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.” (grifos nossos)

Todavia, existe controvérsia em relação à Lei nº 9.882/1999, de modo que alguns entendem não tratar o diploma da participação de *amicus curiae* no âmbito do julgamento de ADPFs perante o STF. Entretanto, os que assim entendem, aceitam que caberia nesse caso a aplicação analógica do art. 7º da Lei nº 9.868/1999 quando a ação de descumprimento de preceito fundamental representa forma de controle concentrado, impondo efeitos vinculantes e *erga omnes*. [18]

Não obstante, há entendimento, esposado pelo min. Gilmar Mendes de ser desnecessário recorrer à analogia, a partir da aplicação direta do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, como oportunidade de atuação da figura do *amicus curiae*:

Da mesma forma, afigura-se digno de realce o dispositivo (§ 2º do art. 6º) constante da Lei 9882 que permite que o relator, segundo critérios seus, admita a manifestação de interessados no processo. **Trata-se de figura assemelhada à contida na Lei 9868 (art. 7º, § 2º). Em ambos os casos, o que se pretendeu foi introduzir em nosso direito positivo a figura do "amicus curiae" no processo de controle de constitucionalidade.** (grifos nossos) [19]

B. No âmbito do controle concreto de constitucionalidade:

Em relação à atividade efetiva do amigo da corte nos recursos extraordinários, ela se iniciou com a entrada em vigor da Lei nº. 11.418/2006, que regulamentou o novo requisito da repercussão geral para prosseguimento desses recursos perante o Supremo, com alteração do Código de Processo Civil. Nesse sentido, destacam-se os §§1º e 6º do art. 543-A:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

[...]

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Através da leitura dos arts. 543-A, §6º do CPC e 323 do RISTF “a norma parece ter limitado a presença do *amicus curiae* apenas à fase de reconhecimento de existência ou não de repercussão geral” [20], no entanto, não vem sendo essa a visão do STF, permitindo-se a presença do amigo da corte também ‘no momento em que se julgará a questão constitucional

cuja repercussão geral fora reconhecida^[21]. De forma semelhante ao que foi visto anteriormente quando se tratou da intervenção do amigo no processo decisório da Suprema Corte estadunidense, especificamente, no que tange ao *writ of certiorari*.

Curiosamente, no entanto, a interferência dos *amici curiae* nos REs ficou restrita à manifestação no julgamento do mérito da questão constitucional, ao invés de se dar precipuamente no momento anterior, quando se debate a existência ou não da repercussão geral – que é o objetivo primeiro extraído da leitura dos dispositivos do CPC. ^[22]

Por conta dessa objetivação a participação do *amicus curiae* adquire relevância no julgamento de recursos extraordinários:

Acertada, nesse sentido, a observação feita por Gilmar Ferreira Mendes de que a adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário, haja vista que sua análise requer demonstração da transcendência de interesses, acarretando também a utilidade do instituto do *amicus curiae*. ^[23]

4.1. Natureza da intervenção do *amicus curiae*:

Inicialmente, cabe ressaltar que o *amicus curiae* surge como uma exceção à impossibilidade de haver intervenção de terceiros em ações diretas da jurisdição constitucional. De qualquer forma, não é claro pelo texto legislativo até que ponto o *amicus* poderia ser incluído nas figuras tradicionais de intervenção de terceiros ^[24].

Dentro desse contexto, a doutrina e os aplicadores do direito têm se preocupado em diferenciar o *amicus curiae* da assistência, que se entende ser a mais próxima da atuação do amigo. Na assistência, é pacífica a exigência de interesse jurídico ^[25] do terceiro interveniente na ação para que ele possa ser aceito em processo alheio. Já, em relação ao *amicus curiae*, o interesse envolvido não é limitado ao cunho jurídico, o interesse do amigo parece ser de outra natureza:

Questão um tanto quanto intrincada é definir a natureza processual do *amicus curiae*. Para alguns, como Edgard Silveira Bueno Filho (2002, p. 7), trata-se de uma forma de **assistência qualificada** por um requisito de admissibilidade específico, qual seja, a representatividade do órgão ou entidade. Já outros, como Gustavo Binenbojm (2004, p. 15), entendem que é forma de **intervenção especial**, restando inadequada a categorização como assistência.” ^[26] (grifos nossos).

Independentemente, da posição adotada, a intervenção do *amicus curiae* no STF não é totalmente idêntica a nenhuma das figuras de intervenção de terceiros presentes anteriormente no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2. Aspectos relevantes da prática acerca do instituto no STF:

A. Requisitos de admissibilidade para o deferimento de participação dos *amici curiae*

A primeira fonte que auxilia na identificação dos critérios para a admissão de um *amicus curiae* em processos de constitucionalidade frente o STF é a lei, no caso, as Leis 9868/99 e 9882/99. Não obstante, a Lei 9882/99 não apresenta quaisquer elementos que permitam essa identificação, uma vez que sua redação somente traz as expressões “se entender necessário” e “a critério do relator”, que cuida da autorização pelo relator da sustentação oral e juntada de memoriais por interessados no processo. De tal modo, nos concentraremos nas disposições do art. 7º da Lei 9868/99 que traz os seguintes critérios: relevância da matéria e representatividade dos postulantes.

Tendo em conta, que esses conceitos são indeterminados, os contornos da exigência dos mesmos podem variar de acordo com o entendimento do julgador. Mas é possível identificar um padrão mais ou menos recorrente na avaliação empreendida pelos ministros do STF no assunto e assim determinar os pontos cruciais para o (in)deferimento dos pedidos.

A relevância da matéria pode ser vista como “a magnitude dos efeitos da decisão a ser proferida nos setores diretamente afetados ou para a sociedade como um todo” [27]. Por sua vez, a questão da representatividade vem sendo entendida precipuamente como “se o órgão ou entidade postulante congrega dentre seus filiados porção significativa (quantitativa e qualitativamente) dos membros do(s) grupo(s) social(is) afetado(s)”. [28]

A jurisprudência do STF ao enfrentar o tema da legitimidade dos aspirantes a *amicus curiae*, vem afirmando ser necessária haver pertinência temática entre os fins institucionais e atribuições do órgão ou entidade e o conteúdo do ato normativo impugnado por meio da ação direta. E, embora, existam os que entendem ser esse um novo critério adotado pelo STF, mais parece se tratar de um critério objetivo trazido pelos ministros de modo a salvar a efetividade do requisito da relevância da matéria [29], na medida em que a matéria deve ser relevante para os membros do órgão que pleiteia a condição de amigo da corte.

Isso porque, conforme bem observado por Cláudia Paiva da Silva, “o requisito de relevância da matéria é considerado por muitos autores como relevância daquela matéria específica para aquele grupo representado pelo órgão ou entidade, dessa forma, os dois requisitos – pertinência e relevância - acabam se confundindo” [30].

Essa conclusão ganha razoabilidade a partir da análise da dinâmica mais comumente adotada pelos *amici curiae* em seu requerimento de ingresso. O que restou evidenciado pelas petições apresentadas é que a maior preocupação está em justamente apresentar essa relevância temática e representatividade, sendo poucos os que abordam a relevância da matéria como referente a uma necessidade de comprovação quanto às implicações jurídicas decorrentes da decisão a ser proferida e conjunto com repercussões políticas, sociais, econômicas e culturais. [31]

De certa forma, essa abordagem pode levar em último caso a um afastamento sensível do *amicus curiae* de um terceiro neutro, visto haver busca de tutela indireta pelas entidades que atuam como amigo aos seus membros. Mas, é possível argumentar também que a exigência de pertinência temática também tenha origem numa tácita impressão dos ministros de que essas entidades cujo objeto social mantenha correlação com o tema da ação direta teriam maior capacidade de fornecer informações pertinentes e robustas, visto gozarem de contato direto com as implicações dos atos normativos impugnados.

Não obstante, cabe ressaltar que já houve um estudo que apontou algumas decisões monocráticas [32] nas quais se buscou dar sentido ao requisito da relevância da matéria. De acordo com esse trabalho:

Como conclusão [...] sobre a “relevância da matéria” - imposta pela lei que cuida do procedimento da ADIN- temos que, tal critério, de acordo com o entendimento de alguns Ministros do STF [...] é composto dos seguintes requisitos: a) existência de situação concreta para ensejar a participação do *amicus curiae*; b) o tema em questão ser de alta indagação; c) a discussão ser suficiente para que o relator sinta a necessidade de recolhimento de mais informações; d) o caso possuir complexidade; e) existência de repercussão na ordem pública estadual. [33]

Todavia, no mesmo texto também se afirma que [o] ‘critério (relevância da matéria) é menos enfático nas argumentações das decisões aqui analisadas. Na maioria das decisões os ministros relatores dão mais enfoque e importância para o segundo requisito (representatividade dos postulantes)’ [34].

Em razão do exposto, a legitimidade dependeria dessa pertinência em relação aos membros da entidade que pleiteia a participação (relevância da matéria), mas não somente. Também será necessário que esses membros representem uma parcela significativa de um segmento social maior que é afetado pelo resultado do julgamento (representatividade). A combinação desses elementos permite ao requerente encaixar-se no conceito de representatividade adequada.

B. Requisitos não-legais

No que tange aos argumentos apresentados pelos amigos da corte, algumas decisões [35] dos relatores demonstram que eles prezam pela originalidade dos mesmos, no sentido de que eles acrescentem aspectos novos ainda não postos pelas partes ou pelos outros interessados. O objetivo é evitar que haja uma sobrecarga desnecessária de informações decorrente da mera repetição de razões já colocadas no processo.

Consonante com isso, o min. Celso de Mello já afirmou que ‘a intervenção do ‘amicus curiae’ para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem **desejável e útil** a sua atuação[...]’[36]. Em atenção a tal entendimento, destaca-se a seguinte decisão:

[...] INDEFIRO, igualmente, o pedido de habilitação da APP [...] pois as razões trazidas pelo postulante constituem repetição do conteúdo material de outras tantas já expostas por onze entidades admitidas[...] [37](grifos nossos)

O ingresso do amigo depende do relator do processo e a sua admissão no feito, na visão da maioria, um direito subjetivo do interessado. Ele pode se manifestar através de memoriais que fazem parte formal dos autos do processo e/ou através de manifestação oral, sendo que a apresentação de suas razões por memorial deve ocorrer no prazo de 30 dias contados a partir da publicação da decisão do relator que defere sua entrada no processo. Ademais, não é reconhecida capacidade recursal [38] ao *amicus curiae* para opor embargos declaratórios das decisões de mérito.

Os ministros tendem a não aceitar pedidos que são feitos quando o julgamento já foi incluído em pauta ou quando o julgamento é iminente. Entretanto, as soluções para a extemporaneidade podem variar de relator para relator, e vão desde a inadmissão completa do pedido ou a aceitação do requerente como *amicus curiae* de maneira reduzida, conforme o caso a seguir:

No entanto, em virtude de a publicação da inclusão em pauta deste processo haver se dado em 24/9/2008 e a presente solicitação ter sido realizada apenas em 17/10/2008, admito a participação da Fazenda Nacional como *amicus curiae* tão-somente para (i) receber futuros memoriais, e (ii) para a realização, caso queira, da sustentação oral na sessão de julgamento. ³⁹

Na decisão proferida pela min. Carmen Lúcia nas petições 59.473, 59.474, 59.475 e 60.464 não foi permitida qualquer participação modulada à Associação dos Oficiais da Reserva e Reformados da Polícia Militar do Estado de São Paulo e à Associação Nacional de Defesa dos Servidores Públicos.

A ministra afirmou que os Requerentes tiveram quase três meses para apresentar seus pedidos entre a decisão de admissão do RE e a data de julgamento, todavia o fizeram somente horas antes do início do mesmo. E por isso ‘A atitude dos Requerentes [...] não pode ser tida como de “amizade à Corte” – no sentido que se atribui àquela expressão e que permite a sua eventual presença no processo -, nem ajudou na regular tramitação e na solução da lide.’

Desde que o amigo da corte passou a figurar como forma de intervenção no processo, os limites de sua participação foram sendo moldados especialmente por essas decisões monocráticas. Uma vez que a legislação sobre o tema não adentra em detalhes específicos e utiliza termos amplos ficou a cargo dos membros do STF desenhar os contornos do amigo da

corde, portanto, eles detiveram e detêm o controle acerca de maior ou menor flexibilização do instituto.

Cabe ressaltar, no entanto, que no atual de estado das coisas, é imprudente apontar uma direção inequívoca dos ministros no que tange à determinação dos contornos práticos do *amicus curiae*. Isso porque, ao mesmo tempo em que foi permitida aos *amici* a sustentação oral nos julgamentos – o que valoriza a atuação dos interessados – também se bloqueia a amplitude de sua atuação quando lhes é negada capacidade recursal [40].

C. A postura adotada pelos *amici curiae*

Os postulantes ao ingresso como interessados também contribuem para a conformação do instituto. Nesse sentido, seguem algumas das tendências observadas nas manifestações dos mesmos:

a) Momento do pedido de ingresso e momento de apresentação das razões:

A maior parte dos *amici curiae* utiliza uma única peça para apresentar seu pedido de ingresso e suas razões, embora as razões possam ser trazidas em até 30 dias contados a partir do deferimento do pedido pelo relator. Configura-se, portanto, uma postura precavida por parte dos amigos, que procura evitar controvérsias acerca da aceitabilidade ou não das razões no futuro, assim como otimizar sua participação.

b) Número de intervenções no curso do processo:

Relacionado com o aduzido no ponto anterior está a questão de como o *amicus* se porta ao longo do processo. Os dados colacionados indicam que a grande maioria deles se limita a apresentar suas razões e não mais interferir no processo. Porém, em algumas ocasiões, os *amici* peticionam para requerer o julgamento célere da causa ou a inclusão de documentos que consubstanciem suas razões e até mesmo recorrem a partir de embargos de declaração.

No RE 564354, o interessado, Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas, requereu o adiamento do julgamento do feito, por motivos não identificáveis pela falta de acesso à petição pelo sítio do STF. A decisão unânime dos ministros foi no sentido de acatar essa pretensão:

O Tribunal deliberou adiar o julgamento ante o pedido formulado pela *amicus curiae*. Decisão unânime. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Celso de Mello e, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 25.08.2010.[41]

O que essa decisão demonstra é que há espaço procedimental no qual os *amici curiae* podem fazer mais do que apenas apresentar suas razões, de modo a interferir diretamente no curso da marcha processual.

4.3. Possibilidades quanto ao impacto do *amicus curiae*:

Certos aspectos realçam, pelo menos teoricamente, a relevância da presença do *amicus curiae* nos processos no STF. Algumas observações se impõem e dizem respeito à independência dos ministros em relação à petição inicial, especialmente, no referente aos dispositivos impugnados e os fundamentos apresentados para subsidiar a respectiva impugnação.

Uma delas diz respeito à cognoscibilidade da questão constitucional, a segunda refere-se à inconstitucionalidade por arrastamento e a última está ligada à modulação dos efeitos temporais das decisões do STF. Por fim, também é possível elencar questões como a textura aberta dos princípios constitucionais e interpretações judiciais que levam em consideração argumentos não estritamente jurídicos como fatores eventualmente favorecedores da performance dos *amici curiae*.

Ao desenvolver o exercício da jurisdição constitucional, os ministros não estão adstritos aos fundamentos aduzidos pelo autor como suficientes para a declaração de inconstitucionalidade de determinado ato normativo. Isso decorre da percepção de que o controle de constitucionalidade constitui uma face do papel mais abrangente do STF que é ser guardião da Constituição.

“O Pretório Excelso não está vinculado a causa de pedir, podendo declarar a inconstitucionalidade com fundamento diverso daquele apontado pelo autor, "cabendo-lhe, pois, examinar a constitucionalidade das normas atacadas em face de toda a Constituição Federal".(24) Entendemos que além do princípio da unidade(25) e o da supremacia da Constituição, que devem prevalecer, o brocardo *iura novit curia*(26) constitui mais um dos fundamentos favoráveis a adoção desta tese. Ademais, o Supremo Tribunal Federal é guardião da Constituição,(27) e não apenas dos preceitos que o autor da ação aduz que foram violados".(28) [42]

Logo, ao lidar com uma questão de validade de ato normativo frente à Lei Maior, os ministros não podem senão avaliar os dispositivos impugnados em relação ao todo normativo estabelecido pela Constituição. Dessa forma, se o julgador entender estarem presentes razões diversas que as aduzidas pelo autor para determinar a inconstitucionalidade, ele não pode se furtar ao papel de garantir a higidez do ordenamento jurídico devido ao enquadramento dado pelo arguente.

Além disso, o conceito de inconstitucionalidade por arrastamento também distancia os ministros de uma obediência estrita ao pedido autoral. Nesse caso, o STF tem decidido, por vezes, que os dispositivos impugnados pelo autor, se interpretados como inconstitucionais, podem levar à declaração de outros “por arrastamento”:

[...] Também o Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado, fica condicionado ao "princípio do pedido". **Todavia, quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma afeta um sistema normativo dela dependente, ou, em virtude da declaração de inconstitucionalidade, normas subseqüentes são afetadas pela declaração, a declaração de inconstitucionalidade pode ser estendida a estas, porque ocorre o fenômeno da inconstitucionalidade "por arrastamento" ou "por atração".** ⁴³(grifos nossos)

A modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas pelo STF de igual forma representa uma questão de debate para os ministros. A partir dela, a Corte pode determinar qual o âmbito temporal de validade de sua declaração de inconstitucionalidade, se com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. E a relevância dessa escolha é facilmente reconhecida tendo em vista que os atos normativos criam muitas vezes situações de fato e interferem na vida de diversos indivíduos e da própria máquina executiva ou legislativa.

A posição tribunal atualmente, inclusive presente no seu Informativo 543, é de que a modulação somente seria possível em caso de haver pedido nesse sentido na petição inicial. No entanto, o ministro Gilmar Mendes adota outra posição:

O Min. Gilmar Mendes, Presidente, observou, por fim, que apostar apenas no pedido já prévio de modulação de efeitos seria problemático, haja vista que o requerente teria por pretensão a declaração de inconstitucionalidade da lei, sendo provável que a questão relativa à modulação dos efeitos eventualmente só fosse suscitada se houvesse participação do *amicus curiae*, isto é, interessados que são atingidos pela decisão. [44] (grifos nossos)

Com isso, atualmente, o amigo da corte tem apenas a possibilidade de influir na decisão sobre a modulação quando a mesma tiver sido requerida pelo autor da ação.

Por outro lado, em virtude da utilização pela Constituição brasileira de normas sob a forma de princípios de textura aberta, a identificação da solução jurídica mais adequada no controle de constitucionalidade pode ser determinada em função da ponderação judicial quando esses princípios colidem. E, sob este aspecto, a argumentação do intérprete está sujeita a uma ampla gama de possíveis enfoques.

[...]a interpretação do direito constitucional encontra-se intimamente ligada a valores e princípios e conseqüentemente à possibilidade de colisões, a ponderação judicial resulta num processo hermenêutico necessário e condizente com a textura aberta do direito. [45]

E relacionado com o exposto acima, está a possibilidade de se fazerem presentes na argumentação e interpretação jurídica não apenas razões de cunho exclusivamente técnico, mas serem necessárias abordagens que levem em conta as conseqüências inerentes à um ou outro posicionamento. De tal modo, pode ocorrer utilização de ponderações éticas, sociológicas, dentre outras para fins de determinar qual a melhor opção para o intérprete.

[...]podemos afirmar que o raciocínio consequencialista parece ser inerente ao trabalho de interpretação e aplicação do Direito quando houver princípios envolvidos, na medida em que, nesses casos, sempre é possível argumentar pela promoção do estado de coisas visado pela norma jurídica. [46]

Diante desses aspectos abordados, a importância da participação do *amicus curiae* pode ser bastante extensa na medida em que podem trazer ao processo elementos inexistentes anteriormente na petição inicial ou nas próprias manifestações de órgãos como o Procurador Geral da República ou do Advogado Geral da União.

Sendo assim, a potencialidade inovadora do interessado pode se revelar de extrema valia para os julgadores ao trazer à luz fundamentos novos, assim como mostrar conseqüências perniciosas de uma decisão que ignore atos normativos que podem ser considerados inconstitucionais por arrastamento ou deixe de ter seus efeitos temporais modulados.

4.4. As diferentes funções dos *amici curiae*:

No Brasil, os ministros do STF entendem invariavelmente o instituto do *amicus curiae* como um instrumento de legitimação das decisões tomada pela Corte, especialmente nos casos de maior repercussão junto à sociedade - através da democratização pluralizadora.

Ainda que esta seja a principal consideração tecida pelos ministros e pela própria doutrina brasileira, o *amicus curiae* inegavelmente pode exercer outras funções no processo do qual participa. Nesse sentido, cabe trazer à tona as observações feitas pela doutrina norte-americana sobre o tema.

Nos EUA são mencionadas três funções [47] para o *amicus curiae* que não seriam mutuamente excludentes: (i) informacional, (ii) estratégica e (iii) lobista. A primeira estaria ligada ao próprio conceito de *amicus curiae* como terceiro que ingressa em processo para fornecer informações fáticas ou jurídicas relevantes ao deslinde da controvérsia. Já a função estratégica relaciona-se com a apresentação pelos *amici curiae* de pontos de vista por demais arriscados ou emotivos para serem sustentados pelas partes formais ou que representem variações do argumento básico já colacionado pela parte. Por fim, a função lobista do *amicus curiae* seria essencialmente uma 'forma de defesa de interesses organizados'.

No que tange ao panorama acima destacado, as funções identificadas nos EUA podem ser identificadas também na atuação dos *amici curiae* frente o STF. Entretanto, a função mais facilmente identificável e mais objetiva é a informacional e também se mostra a mais corriqueira.

Por outro lado, a função mais celebrada pelos ministros do STF, a de legitimação por democratização figura como a mais complexa e dificilmente identificável. Ocorre que podem

ser identificados dois níveis distintos, porém complementares, de efetividade da referida função, quais sejam, o procedimental e o material, assim como ocorre na utilização da audiência pública.

Como consequência dessa divisão temos que a mera aceitação formal de *amici curiae* em um processo de controle de constitucionalidade pode reverter em uma legitimação democrática superficial. Enquanto isso, a efetiva atenção, na construção da decisão final, aos dados trazidos pelos amigos pode evidenciar que são dotadas de peso as participações dos terceiros, o que implica numa verdadeira pluralização argumentativa e informacional do Tribunal.

É de se supor, portanto, que o Supremo Tribunal Federal precisa responder aos argumentos lançados pelos sujeitos do processo que, por sua vez, representam vários outros cidadãos na decisão política. De outra forma, estaria violado o devido processo legal; em especial, a garantia constitucional da motivação da decisão judicial e do contraditório participativo. [48]

Por isso, é que se torna crucial adentrar em ações específicas julgadas pelo STF para determinar o nível de consideração concretamente efetuado pelos ministros no que se refere à apreciação das manifestações dos *amici* admitidos.

5. Análise das ações diretas selecionadas

A análise, a seguir, empreendida considerou somente as ações que contaram com a participação de mais de um interessado e nas quais esses interessados sustentassem pontos de vista conflitantes.

A partir da aplicação desse critério, foram selecionadas as seguintes ações: nºs. 3772, 3934, 3944 e 4277 – não tendo sido encontradas arguições de descumprimento de preceito fundamental nem ações declaratórias de constitucionalidade que satisfizessem os requisitos acima descritos e os cortes metodológicos explicitados no título Metodologia do presente trabalho.

5.1. Ação direta de inconstitucionalidade nº. 3772

A. Resumo do caso:

A ADI 3772 foi ajuizada perante o STF pelo Procurador-Geral da República (PGR) contra o art. 1º da Lei Federal nº. 11.301/2006:

Art. 1º O art. 67 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º:

“Art. 67.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

Arguia-se que o referido dispositivo legal contrariava a Constituição por ter ampliado indevidamente a abrangência da expressão funções de magistério, para efeitos de recebimento de aposentadoria especial tanto no regime próprio [49] quanto no regime de previdência geral

[⁵⁰], ao incluir os professores e especialistas em educação exercentes de atividades de direção, coordenação, assessoramento pedagógico.

Segundo o PGR, a lei era materialmente inconstitucional por incluir no regime diferenciado de contagem de prazo para aposentadoria de professores outras atividades que não a docência em sala de aula, realizadas por especialistas em educação ou até mesmo professores. Também existiria vício formal no ato, pois a aplicação de regime especial para outros profissionais que não professores, somente poderia ser feita mediante lei complementar.

O Advogado-Geral da União apresentou sua manifestação em favor da constitucionalidade sob os argumentos de realização do princípio da isonomia e da valorização do ensino e os profissionais da educação.

O relator, Min. Carlos Ayres Britto, acatou a pretensão autoral para declarar totalmente inconstitucional a regra impugnada. Contudo, o colegiado, por maioria⁵¹, decidiu pela procedência parcial do pedido, com interpretação conforme, para excluir da aposentadoria especial os especialistas em educação, permitindo-a aos professores em cargos de direção, coordenação e assessoramento pedagógico.

B. Os *amici curiae*:

O relator aceitou como *amici curiae* dezesseis entidades, na maioria sindicatos de profissionais em educação, além da Associação Brasileira de Instituições de Previdência Estaduais e Municipais (ABIPEM) e o Distrito Federal. Os sindicatos dos profissionais foram todos contrários à inconstitucionalidade pretendida e a ABIPEM e o DF manifestaram-se favoravelmente ao pedido.

C. Argumentos trazidos pelos *amici curiae*:

I. Pela improcedência do pedido:

- a. O exercício das atividades dentro ou fora da sala de aula é inidôneo por si só para legitimar a interpretação restritiva da Constituição acerca do tema – em ofensa ao princípio da isonomia, pois as mesmas condições fáticas de trabalho são as mesmas. Existem estatísticas que mostram haver sujeição irrestrita dos trabalhadores em educação às causas geradoras da Síndrome de *Burnout* [⁵²];
- b. A finalidade da lei é valorizar o ensino conforme exigido pela Constituição (Art. 206, V e VII);
- c. Privar da contagem especial os outros profissionais da educação obstará a qualidade do ensino como um todo, pois desestimularia a nomeação de docentes de carreira para cargos de coordenação, assessoramento e direção tal como exigido na Lei de Diretrizes Básicas;
- d. Não cabe desvirtuar um conceito educacional para adequá-lo a interesses previdenciários;
- e. Não se confundem os conceitos de magistério, professor e docente – na pedagogia se considera a figura do educador, independentemente de estar dentro de sala de aula e os especialistas em educação seriam professores que atuam em outras funções de magistério;
- f. A atividade fim da escola não é só oferecer aulas – e sim promover a educação, a qual não se processa unicamente na aula; e
- g. A Constituição não exigiu para caracterizar as funções de magistério o exercício dentro de sala de aula.

II. Pela procedência do pedido

- a. Haveria vício de iniciativa, pois somente o Presidente da República, Governadores e Prefeitos poderiam propor leis que alterem a aposentadoria de seus servidores;
- b. A alteração legislativa acarretaria colapso do sistema previdenciário de Estados e Municípios devido ao grande número de servidores que se aposentariam antecipadamente;
- c. Haveria agressão ao principio do equilíbrio financeiro e atuarial para os regimes de previdência próprios dos servidores, visto que nenhum benefício pode ser instituído ou ampliado sem o necessário estudo do impacto das despesas nesses regimes, sob pena de colapso do sistema público de Previdência;
- d. Existiria violação do pacto federativo, pois a União estaria impondo aos Municípios e Estados obrigações de fazer, pois somente a eles incumbe a prestação da educação infantil e ensino fundamental/médio, respectivamente;
- e. Devem prevalecer os entendimentos passados do STF, como por exemplo, as ADIs nºs. 856 e 2253 e a Súmula nº. 726 do STF: Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.

D. O voto do Relator:

O voto do relator, Ayres Britto, foi estruturado em torno da prévia jurisprudência do Tribunal, em especial a citada súmula nº. 726 e a ADI 2253. Segundo o ministro, nenhum dos argumentos aduzidos contra o pedido conseguiu afastar a clareza da Constituição:

[...] a Lei Maior Federal me parece deferir uma aposentação favorecida apenas ao professor e a mais nenhum outro profissional [...].^[53]

[...] o advérbio exclusivamente, pondo a margem quaisquer outras atividades que não as de magistério, e o adjetivo efetivo, este a caracterizar o exercício real da docência, e não simplesmente ficto ou presumido. **é que as funções de magistério, na Constituição Federal, significam mesmo docência, isto é, atividade de ministrar aulas e todas aquelas que lhe são conaturais.**

^[54] (grifos nossos)

Ademais, uma vez que se trata de uma prerrogativa (superdireito), segundo o relator, a norma deve ser interpretada restritivamente. Por isso não se pode entender que os especialistas em educação possam compartilhar da aposentadoria especial, não se podendo falar em profissional do ensino *lato sensu*.

Na visão do ministro, a valorização do ensino insculpida no art. 206, V da Constituição impõe ao Poder Público a obrigação de valorizar todos os profissionais do ensino. Mas a própria Carta somente confere ao professor a aposentadoria diferenciada. E as regra para os regimes próprio e geral da previdência é não haja a presença de requisitos diferentes.

O relator combateu o argumento de que o texto constitucional usa o termo funções de magistério no plural e por isso significaria que magistério não diz respeito somente à atuação dentro de aula. Para o ministro, se a Constituição visasse abarcar outras funções como magistério não teria exigido que o professor se dedicasse às funções de magistério exclusivamente.

Verdade que os defensores da Lei nº 11.301/2006 sustentam que o termo 'funções' foi usado no plural para traduzir atividades de magistério, mais a direção de escola, coordenação e o assessoramento pedagógico

[...]

Penso, entretanto, que o argumento não resiste a uma mais detida análise. Se fossem essas as funções próprias do magistério, não faria sentido a Carta

Magna haver exigido que o professor se dedicasse *exclusivamente* a elas para ter direito à aposentadoria especial. [55]

Outra alternativa oferecida pelo ministro foi:

[...] outra explicação para o uso da palavra funções, assim no plural é que, como se sabe os professores, satisfeito o requisito da compatibilidade de horários, têm a prerrogativa de acumular dois cargos da espécie (art. 37, XVI) a cada cargo correspondendo uma função [...] [56](p. 16).

Em suma, o voto do relator assentou que o exercício do magistério ocorre somente em sala de aula, logo, é indevido estender a aposentadoria especial a outras funções, uma vez que a mesma se assenta nas peculiaridades do trabalho docente.

E. O voto dos ministros Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa:

A min. Carmen Lúcia e o min. Joaquim Barbosa aderiram integralmente ao voto do relator, sendo que o Joaquim Barbosa não adicionou quaisquer argumentos novos.

No entanto, Carmen Lúcia abordou outros aspectos: (i) o termo “funções de magistério” poderia se referir também a outras funções que são desempenhadas por professor que está efetivamente e exclusivamente atuando como professor em sala de aula, (ii) direção e coordenação são atividades administrativas e não função de atividade-fim, e (iii) a Síndrome de *Burnout*, afeta o professor de maneira especial tendo em vista possuir uma carga de trabalho fora da sala de aula que não pode ser computada, sendo isso inclusive tema de debate na Constituinte.

F. A divergência:

A divergência foi formalmente iniciada com o voto do min. Ricardo Lewandowski, que entendia pela improcedência ou procedência parcial do pedido com interpretação conforme do dispositivo, em atenção ao proposto em debates por outros ministros anteriormente ao seu voto, em especial pelo min. Marco Aurélio em um aparte ao voto da min. Carmen Lúcia.

A interpretação conforme exigiria que o artigo fosse lido de forma que somente professores que estivessem exercendo as atividades de direção, de coordenação e assessoramento pedagógico poderiam estar acobertados pelo privilégio de aposentadoria com tempo reduzido de contribuição. Seriam excluídos, portanto, os especialistas em educação, para evitar que outras categorias se beneficiassem indevidamente.

O principal argumento que foi trazido no voto divergente, assim como nos que aderiram à divergência, foi a questão da valorização dos profissionais da educação, conforme o mandamento do art. 206, V da Constituição Federal. Segundo o min. Lewandowski, esse dispositivo permite que seja interpretada de maneira ampliada as funções de magistério.

Após o voto divergente, o min. Eros Grau pediu vista dos autos, procedendo ao voto em plenário alguns meses depois. Em suas razões, o ministro afirma que a súmula n.º 726 do STF levantada pelo relator como suporte para a decisão não é uma norma e por isso está sujeita à reformulação, sendo insuficiente se arvorar na mesma para deixar de reconhecer a justiça da extensão da aposentadoria especial a professores em cargos administrativos.

O mesmo julgador igualmente ao min. Cezar Peluso aduziu que não é possível cindir atividades igualmente importantes para os estabelecimentos de ensino, como o assessoramento, coordenação e direção. Se isso fosse feito, pela interpretação gramatical do dispositivo constitucional, haveria efetiva desvalorização do professor que exercesse essas outras atividades, e que não ministrasse aulas.

Outros argumentos são ainda trazidos pelo ministro Marco Aurélio, cujo conteúdo também contrário ao do voto do relator. O referido julgador entendeu que a interpretação restritiva adotada pelo min. Ayres Britto poderia inibir a aceitação dos cargos de administração das unidades escolares pelos professores mais capacitados para tanto, que

restariam temerosos de se afastar da sala de aula pela necessidade de abrir mão da aposentadoria especial. Além disso, aduz Marco Aurélio que o desgaste enfrentado pelos diretores, coordenadores e assessores pedagógicos são tão desgastantes quanto o do professor que somente leciona – e, portanto, o gozo de aposentadoria especial não seria indevido.

G. Decisão final

A decisão final do Pleno foi no sentido de que:

I - A função de magistério não é apenas trabalho em sala de aula;

II - As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 4º, e 201, § 1º, da Constituição Federal;

III - Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra.

H. Interação argumentativa entre os ministros e os amigos da corte:

Considerando-se os argumentos aduzidos pelo *amici curiae* na ADI 3772, podem ser encontrados pontos em comum entre esses e aqueles produzidos pelos ministros em suas manifestações. Dentre eles estão a Súmula nº. 726, a valorização da educação como exigência constitucional e as situações de fato semelhantes de trabalho às quais estão expostos os professores que atuam em sala de aula e outros profissionais da educação.

A min. Cármen Lúcia em sua manifestação citou expressamente a síndrome de *Burnout* trazida por um *amicus curiae* – ainda que tenha se posicionado contrariamente à avaliação sobre a mesma feita pelo interessado. Ela entendeu que essa síndrome afetaria de maneira especial o professor, e serviria para consubstanciar ainda mais a aplicação da regra previdenciária especial para o professor que atua na ministração de aulas.

Entretanto, também é possível apontar debates suscitados somente pelos amigos da corte que não foram abordados. Como exemplo aponta-se a questão em torno do eventual impacto nos cofres públicos da extensão da aposentadoria especial nos casos elencados pela lei, assim como não se adentrou no mérito de eventual inconstitucionalidade formal da norma.

5.2. Ação direta de inconstitucionalidade nº. 3934

A. Resumo do caso:

A ADI 3934 foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra os artigos 83, I e II, letra “c” e 141, II - todos da Lei nº. 11.101/05, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. A relatoria do processo coube ao min. Ricardo Lewandowski.

Em apertada síntese, o autor alegava que os dispositivos impugnados sofreriam de inconstitucionalidade formal, pois teriam disciplinado matéria relativa à despedida arbitrária ou sem justa causa quando esse tema deveria ser regulado por lei complementar (art. 7º, I da Constituição Federal).

Igualmente, haveria inconstitucionalidade material, sob dois aspectos: (i) a liberação dos arrematantes de empresas alienadas judicialmente das obrigações trabalhistas afronta a dignidade da pessoa humana, do trabalho e do pleno emprego (Art. 1º, III e IV, 6º e 170, VII da CRFB) e (iii) a qualificação dos créditos trabalhistas como quirografários quando ultrapassem cento e cinquenta salários mínimos – o que atentaria contra o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CRFB) e a vedação à vinculação ao salário mínimo para qualquer fim (Art. 7º, IV, CRFB).

O Congresso Nacional, o AGU e o PGR se manifestaram pela improcedência total dos pedidos feitos, em termos bastante semelhantes – que também foram os mesmos trazidos pela Confederação Nacional das Indústrias (CNI) na qualidade de *amicus curiae*, conforme será analisado a seguir.

B. Os *amici curiae*

A CNI, a favor da constitucionalidade do diploma, foi admitida como *amicus curiae*, assim como o Sindicato Nacional dos Aeroviários (SNA), cujo posicionamento não foi propriamente no sentido de corroborar a posição do autor, a não ser por um único argumento compartilhado com a inicial autoral, mas sim de fazer pedidos próprios.

Os pedidos da SNA eram: (i) a concessão de tutela antecipada no sentido de reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para julgar as lides trabalhistas das empresas em recuperação judicial, nos termos do art. 114 da Constituição e (ii) declaração de que o art. 60 combinado com o art. 141 da Lei nº. 11.101/05 não impede a sucessão trabalhista na recuperação judicial.

C. Argumentos trazidos pelos *amici curiae*

I. Pela improcedência dos pedidos

- a. A mera classificação dos créditos trabalhistas como quirografários a partir do limite de 150 salários mínimos não obsta o direito material do trabalhador de receber os seus créditos integralmente – logo, não há ofensa à direito adquirido;
- b. A exclusão da sucessão na venda de empresa em recuperação judicial vem ao encontro dos princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho, e não o contrário;
- c. O espírito da Lei de Recuperação Judicial e Falência busca beneficiar o trabalhador na medida em que facilita a possibilidade de aquisição de empresa em recuperação de forma que sejam salvos postos de trabalho possam ser salvos diante da diminuição do ônus do adquirente;
- d. A delimitação do montante de créditos trabalhistas com tratamento preferencial foi feita com respeito ao princípio da proporcionalidade, não constituindo uma determinação arbitrária do legislador;
- e. Não existe na lei disposição sobre despedida arbitrária, se tratando somente de regulação quanto à matéria de sucessão empresarial, tema que pode ser tratado por lei ordinária;
- f. Não há que se falar em constitucionalidade do art. 60, parágrafo único, sendo uma questão resolvida por interpretação da lei com um todo.

A CNI não adentrou no mérito acerca da impugnação com base na vedação constitucional da vinculação do salário-mínimo para quaisquer fins. No entanto, esse ponto foi abordado pelo Procurador-Geral da República. Ele afirmou que de acordo com decisão na ADPF 95 a ‘vedação constitucional nesta matéria diz respeito à utilização de tal parâmetro na qualidade de indexador de prestações periódicas e não enquanto quantificador de indenização ou condenações’ [57].

II. Pela procedência do pedido

O principal argumento do SNA que tratou diretamente da inconstitucionalidade suscitada pelo PDT foi de que inexistia na lei referência expressa à exclusão da sucessão nas relações de trabalho. Isso somente teria sido possibilitado em relação à aquisição de ativos de empresa falida, de acordo com a intenção do legislador, segundo extraído de pareceres do Senado quando da tramitação da lei.

D. O voto do relator

O ministro-relator Ricardo Lewandowski concebeu que as escolhas feitas pelo legislador ordinário representaram a concretude dos valores constitucionais da livre iniciativa e da função social da propriedade. Ressaltou que a inexistência de sucessão trabalhista trabalha a favor do pagamento do passivo na falência e na recuperação mediante a realização de patrimônio por um preço maior justamente pela desoneração do arrematante em relação às dívidas anteriores.

E, especificamente no que tange à cisão dos créditos trabalhistas em duas categorias distintas a partir de um valor fixado, não haveria perda de direitos trabalhistas, eles continuariam a existir, mas sem caráter preferencial a partir de cento e cinquenta salários mínimos.

E. As divergências e o resultado final

Todos os ministros acompanharam o voto do relator, com exceção⁵⁸ dos ministros Ayres Britto e Marco Aurélio, que divergiram parcialmente. O primeiro pretendia a inconstitucionalidade com redução de texto do art. 83, I para extirpar a referência ao limite de 150 salários mínimos. Por outro lado, Marco Aurélio defendeu a tese de interpretação conforme a Carta para que fosse considerado o valor pecuniário do salário mínimo vigente à época da edição da lei, de modo a evitar, no seu entendimento, vinculação inconstitucional do salário mínimo (Art. 7º, IV da Constituição).

A argumentação dos votos divergentes não guardou qualquer semelhança com o aduzido pelo SNA em sua manifestação e, além disso, se afigura arriscado afirmar a relevância da manifestação da CNI para a improcedência dos pedidos, visto ter sido a argumentação da Confederação muito similar às manifestações do AGU e da PGR nos autos.

F. A oposição de embargos pelo *amicus curiae* Sindicato Nacional dos Aeroviários:

Houve a interposição de embargos de declaração pelo SNA após a decisão do Pleno de improcedência total dos pedidos. No embargo, o sindicato pretendia apontar erro material no voto do relator:

[...] requerendo seja pontualmente reformada a decisão para reconhecer e declarar a *intentio legis* expressa nos pareceres do Senado Federal possibilitando aos adquirentes de empresas alienadas em recuperação judicial assumirem os créditos trabalhistas por sucessão [...] [⁵⁹]

Todavia, o recurso não foi sequer conhecido:

Os embargos não podem ser conhecidos. Com efeito, a entidade embargante não possui legitimidade para recorrer. É que a jurisprudência desta Corte não reconhece a legitimidade recursal das entidades que participam dos processos do controle abstrato de constitucionalidade na condição de *amicus curiae*.

(...)

Isso posto, não conheço dos embargos declaratórios opostos (art. 21, § 1º, do RISTF). [⁶⁰]

5.3. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3944

A. Resumo do caso

A ADI 3944 tinha impugnava o decreto presidencial n.º 5.820/06 que versava sobre a adoção do sistema brasileiro de televisão digital (SBTVD), que substitui o modelo atual analógico. O ajuizamento da mesma se deu pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL e combatia os arts. 7º a 10º do decreto.

Os artigos impugnados estabelecem as regras pertinentes às concessionárias e autorizadas do serviço de radiodifusão de sons e imagens, no que tange à consignação de um novo canal de radiofrequência para a transmissão simultânea dos sinais analógico e digital, até o término da transição tecnológica.

O argumento autoral principal era que aqueles artigos feririam os arts. 220, §5º e 223 da Constituição Federal:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...]

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

§ 1º - O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§ 2º - A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º - O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

§ 4º - O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§ 5º - O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

O processo foi relatado pelo ministro Ayres Britto, cujo voto foi seguido por todos os ministros, à exceção do min. Marco Aurélio. A Procuradoria-Geral da República requereu a procedência dos pedidos feitos na ação direta, enquanto, o Advogado-Geral da União defendeu a constitucionalidade do diploma.

B. Da participação dos *amici curiae*:

Dos amigos da corte admitidos no feito, três (Conectas Direitos Humanos, Intervozes – Coletivo Brasil de Comunicação Social e Instituto Pro Bono) se posicionaram pela inconstitucionalidade e o fizeram através de uma única petição. Por outro lado, os *amici* Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA), Fórum SBTVD e Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica (ABENEE) argumentaram pela constitucionalidade total do decreto combatido.

As abordagens efetivadas pelos *amici curiae* neste processo foram muito similares às manifestações do Autor (em relação ao bloco pela inconstitucionalidade) e do Advogado Geral da União (em relação ao grupo pró-constitucionalidade). Sendo assim, não apresentaram grande inovação se contrastados com os argumentos já trazidos pelas partes originárias do processo.

I. O embasamento da inconstitucionalidade dos artigos impugnados foi:

- a. Trata-se de regulamentação de espaço público que não cuida somente de mudança de tecnologia, mas abrange questões como concentração dos meios de comunicação, liberdade de expressão e direito à comunicação;

- b. O decreto permite que radiodifusores que receberam a outorga para uma única concessão – que o legislador constituinte entendia como única programação – poderão utilizá-la para até 8 programações; e
- c. O decreto burla as regras constitucionais para concessões de canais e privilegia a concentração de mídia, em detrimento do pluralismo, deveria haver novo processo de concessão já que a natureza do serviço no ambiente digital é diferente da do ambiente analógico.

II. **Os amici curiae favoráveis à constitucionalidade do decreto afirmaram que:**

- a. O decreto é ato administrativo individual e concreto e, portanto imune a controle de constitucionalidade, conforme a jurisprudência do STF;
- b. Os canais consignados para a TV digital não configuram nova concessão, mas é ato de gestão do espectro para transição de tecnologia;
- c. A escolha feita pelo Poder Executivo se baseou em extensos e caros estudos que concluíram ser essa a melhor tecnologia para o Brasil; e
- d. Não faz sentido no âmbito da nova tecnologia que os concessionários se utilizem do espectro para realizar multiprogramação, tendo em vista o objetivo de oferecer maior qualidade por canal, o que por si só inviabiliza a multiprogramação.

C. **Voto do Relator**

O relator afastou a tese de que o decreto seria um ato concreto, portanto, impassível de análise quanto à constitucionalidade. Ademais, entendeu que não se deve confundir a autorização de uso de espectro de radiofrequência com concessão ou autorização de serviço público. De modo que uma vez que o decreto impugnado trata da primeira situação, não há que se falar em ofensa ao art. 223 da Constituição.

Segundo o ministro, a decisão do decreto tinha como objetivo permitir a transição de uma tecnologia para a outra sem a interrupção do serviço público, atendendo ao princípio constitucional de eficiência da administração pública. Nesse sentido, foi permitida a veiculação simultânea da mesma programação nas tecnologias analógica e digital – o que não constituiria nova concessão, sendo por isso, despicando intervenção do Congresso.

D. **O voto divergente**

O min. Marco Aurélio não aderiu ao voto do relator, pois vislumbrou haver embasamento suficiente no sentido de que a regulamentação ensejada pelo decreto impugnado deveria ter sido objeto de lei e de apreciação pelo Congresso Nacional, uma vez que haveria nova concessão. Ele entendeu que a expressão ‘consignação’ prevista no decreto era um ‘drible’ à regra constitucional.

Uma vez que a Constituição prevê que renovações de concessão devem passar pelo crivo do Congresso, o mesmo deve ser feito na transição do sistema analógico para o digital. Isso porque, a mudança prevista altera sob o ponto de vista material e temporal a outorga primitiva analógica.

Segundo o julgador, não existe no decreto nenhuma vedação a que se empreenda na multiprogramação aduzida pelo bloco favorável à inconstitucionalidade. Ademais, a existência de nova concessão é cristalizada no art. 9º do decreto, onde se fala em formalização do ato de consignação mediante instrumento contratual celebrado com o Ministério das Comunicações.

E. **Resultado Final e diálogo entre os amigos da corte e os ministros**

O pedido foi ao final julgado totalmente improcedente, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o ministro Marco Aurélio. Conforme, evidenciado anteriormente, as

manifestações do *amici curiae* não diferiram substancialmente de outros atores presente no processo.

Os interessados que pretendiam ver declarados inconstitucionais os artigos debatidos apresentaram uma petição mais voltada para a questão do oligopólio que seria perpetuado pelo decreto e, nesse sentido, trouxe uma argumentação mais principiológica. No entanto, esse aspecto não teve relevância no debate dos ministros, que se prenderam mais à determinação de ser ou não uma nova concessão o objeto do decreto. A eventual situação fática de oligopólio foi rechaçada pelos ministros por não ser objeto da ação, à exceção do min. Marco Aurélio.

Por outro lado, os favoráveis ao ato normativo, expandiram em temas como o histórico por trás da mudança de tecnologia, assim como deram aportes de caráter técnico sobre as diferenças entre as tecnologias. Essa abordagem também não teve relevância maior por causa do mesmo fato registrado acima.

5.4. Ação direta de inconstitucionalidade nº. 4277

A. Resumo do Caso

A ADI nº. 4277, julgada pelo Pleno em 4/5/2011, foi inicialmente autuada como ADPF 178, cujo ajuizamento se deu pela Procuradoria-Geral da República, e pedia pela declaração da Corte da obrigatoriedade de reconhecimento de união estável em uniões homoafetivas quando presentes os requisitos legais. O presidente do Tribunal à época, min. Gilmar Mendes, determinou que a mesma fosse processada como ação direta de inconstitucionalidade, pela indeterminação do objeto.

Paralelamente, o min. Ayres Britto era relator da ADPF 132 ajuizada pelo Governador do Rio de Janeiro. O pedido principal dessa ação era a aplicação do regime de união estável às relações homoafetivas, com a suspensão liminar de atos decisões judiciais em contrário. Subsidiariamente, se requeria o recebimento como ADI para interpretação conforme do art. 1723 do Código Civil, para excluir a proibição de aplicação do regime citado.

Ao mesmo tempo, em que a ADPF 132 perdeu parcialmente seu objeto com a publicação da lei estadual nº. 5034/2007, a ADI 4277 foi redistribuída para Ayres Britto, visto a convergência de objeto entre as duas.

Ao final, o relator entendeu que as duas ações poderiam ser julgadas conjuntamente, restando a ADPF 132 convertida em ADI. De tal forma, determinou-se que o objeto final da ADI 4277 era submeter o art. 1723 à técnica da interpretação conforme.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

B. Participação dos *amici curiae*

Na ADPF 132 tinham sido admitidos quatorze amigos da corte ^[61] e na ADI 4277 participaram cinco *amici*, que já constavam como amigos da corte na primeira ação: Conectas Direitos Humanos, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros ^[62], Instituto Brasileiro de Direito de Família e Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo – todos pela procedência do pedido – e, pela improcedência do pedido - Associação Eduardo Banks e a Confederação Nacional dos Bispos.

I. Argumentos pela procedência

- a. A Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil rechaçam qualquer forma de discriminação baseada no critério da orientação sexual;

- b. A ausência de reconhecimento dos casais homossexuais aos mesmos direitos dos casais heterossexuais cria cidadãos de segunda classe e coloca-os num limbo de não-proteção jurídica – o que é contrário ao princípio da isonomia;
- c. A ausência de reconhecimento permite que haja continuidade de um contexto de exclusão e de violência que caracterizam os crimes de ódio;
- d. A discriminação contra os homoafetivos caracteriza desrespeito às regras de direitos humanos vigentes no plano internacional e aceitas pelo Brasil;
- e. Uma vez que a homossexualidade não é doença nem desvio psicológico, é tão digna de proteção quanto a heterossexualidade;
- f. O amor familiar é o elemento protegido pela união estável e requisito indispensável para a formação da família juridicamente protegida segundo a Constituição, e encontra-se presente no caso dos casais homoafetivos; e
- g. O não-reconhecimento afeta a dignidade humana dos cidadãos homossexuais na medida em que dificulta a completa realização de suas personalidades e impede que possam concretizar seu direito à felicidade.

II. Argumentos pela improcedência:

- a. O art. 1723 do Código Civil por ser reprodução literal do disposto no art. 226, §§ 3º e 5º da Constituição não pode ser contrário à mesma;
- b. A restrição ao reconhecimento do casamento e da união estável, em face do princípio da igualdade, é exceção emanada pelo poder constituinte originário e é perfeitamente admissível no ordenamento jurídico.
- c. É desejável a restrição porque a sociedade não pode se constituir com base em uma família diferente da constituída entre pessoas de sexos diferentes; e
- d. A Constituição determinou *numerus clausus* as hipóteses nas quais permite a formação de uma entidade familiar.

C. Diálogo dos ministros com os *amici*

No julgamento da ADI 4277 todos os ministros habilitados desenvolveram votos extensos sobre a questão constitucional em debate. Conforme será desenvolvido no tópico posterior, todos concordaram com a procedência da ação, ainda que com base em fundamentos às vezes diversos.

No que tange ao diálogo estabelecido entre o que foi trazido pelos ministros e as manifestações dos *amici* participantes, foram encontradas algumas evidências de que ele tenha ocorrido. Nesse sentido, os ministros abordaram e rechaçaram a reflexão desenvolvida pelos amigos da corte contrários à procedência da interpretação conforme sobre haver identidade de redação entre a lei ordinária e a Constituição, o que constituiria óbice a entender ampliativamente o art. 1723:

Nem é de se afirmar que há mera repetição do que posto no inc. I do art. 5º e no § 3º do art. 226. Cuidam-se de tema que se equilibram, mas não se confundem.

Mas é exato que a referencia expressa a homem e mulher garante a eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união não possa vir a ser também fonte igual de direitos. [63]

Todavia, uma linha de argumentação baseada fortemente no direito internacional esposada pelos *amici* CNH e ABGLT não foi explorada muito pelos ministros. Apenas o ministro Lewandowski tangenciou essa argumentação ao invocar os Princípios de Yogyakarta, que foram expressamente citados por aquelas instituições.

Por fim, cabe ressaltar que a pouca interatividade entre os ministros e os *amici* pode ter decorrido do fato de os ministros terem se preocupado mais com o fator procedimental da decisão, de modo que não se interpretasse a decisão final como ativismo judicial ou até mesmo ofensa à separação de poderes, prejudicial à independência do poder Legislativo.

Nesse contexto, os ministros não tinham objeções jurídicas ao reconhecimento dos direitos dos casais homoafetivos, mas estavam inseguros sobre todos os efeitos decorrentes de reconhecer tais direitos sem a atuação dos legisladores. De tal forma, as manifestações dos *amici curiae* favoráveis à interpretação ampliada do Código Civil calcadas precipuamente em interpretações jurídicas principiológicas cujo objetivo era respaldar o reconhecimento material dos direitos dos casais homoafetivos, se mostraram de pouca utilidade para os julgadores do ponto de vista argumentativo.

D. Resultado Final

Ao final, o pedido formulado na ADI n. 4277 foi julgado procedente pelo Pleno do STF, por votação unânime. Logo, restou permitida a interpretação conforme para que fossem enquadrados na situação de união estável, as uniões homoafetivas que satisfizessem os requisitos legais.

Contudo, as fundamentações dos ministros foram distintas em alguns pontos, sendo a maior divisão no que tange ao método utilizado para chegar à procedência final – com a formação de duas grandes correntes.

A primeira seria que a interpretação do art. 1723 do Código Civil que inclui os casais homoafetivos decorre da interpretação ampla do art. 226 da Constituição Federal, para além da interpretação literal da expressão “homem e mulher”, em consonância com princípios constitucionais.

Por outro lado, se firmou o entendimento de que a procedência do pedido decorria dos princípios constitucionais, que em seu conjunto constituem dever de proteção do Estado em relação às minorias e por isso há possibilidade de se estender a normativa sobre a união estável de casais heterossexuais aos casais homoafetivos, por analogia.

6. Conclusão

Em linhas gerais, no que tange aos aspectos formal-processuais, que balizam a presença do amigo da corte, os mesmos se encontram estabilizados pela jurisprudência do STF. Nesse sentido, as formalidades quanto ao prazo para manifestação, possibilidade de sustentação oral e ilegitimidade para a interposição de embargos de declaração não mais suscitam questionamentos.

Quanto ao conteúdo das manifestações dos *amici curiae*, essas contribuem na maior parte das vezes com abordagens de cunho estritamente jurídico – com grande destaque para uma análise baseada nos princípios constitucionais - sendo que outras abordagens (sociológicas, psicológicas, etc.) são muito raras.

Igualmente, destaca-se que a posição adotada pelos terceiros sobre a constitucionalidade ou não de determinado ato normativo é sempre expressa claramente. De tal modo, inexistente participação de *amici curiae* que adotem uma postura neutra – o que afasta definitivamente qualquer possibilidade de definir o terceiro amigo como imparcial.

Ademais, o peso da participação do amigo da corte no sistema de controle constitucional brasileiro, especialmente, na modalidade abstrata, resta diluído, uma vez que o processo conta com a participação de outros atores, como o Advogado Geral da União e o Ministério Público – que, por sua vez, já disponibilizam ao Supremo uma grande quantidade de argumentos.

Por fim, em relação ao eventual aproveitamento do conteúdo dessas manifestações pelos ministros, por ocasião do julgamento, a aferição do mesmo é prejudicada de forma

relevante tendo em vista o fato de que o amigo, em geral, apenas reforça através de uma ampliação dos argumentos já anteriormente trazidos pelos atores institucionais referidos no parágrafo anterior ou pelo autor – nos casos em que se posiciona juntamente com eles.

Portanto, embora a abertura da jurisdição constitucional à participação de terceiros seria *a priori* uma ferramenta a possibilitar uma pluralização argumentativa do debate constitucional, entender no sentido de que há uma democratização consubstanciada em relevância efetiva da atuação do *amicus curiae* nos julgamentos do STF não é uma conclusão auto-evidente.

Contudo, referida relevância depende de maior empenho por parte dos amigos da corte brasileiros no sentido de trazer elementos novos para os processos nos quais atuam. Ao mesmo tempo, os ministros do Supremo, em especial, os que atuam como relatores também possuem um papel a desempenhar através do engajamento nos debates eventualmente suscitados pela participação dos *amici curiae*.

¹[] A expressão latina *amicus curiae* significa, literalmente, amigo da corte.

²[] Lei nº. 9.868/99 (alterada pela Lei no 12.063/09)- que estabeleceu o procedimento das ações de declaração de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, Lei no 9.882/99 - que estabeleceu o procedimento das ações de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental e Lei nº 11.418/2006 – que acrescentou à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal (repercussão geral).

³[] As ideias desenvolvidas ao longo deste trabalho vêm complementar o que havia sido anteriormente pesquisado em relação ao instituto processual da audiência pública cujo resultado ficou consolidado no texto “A audiência pública e o Supremo Tribunal Federal”.

⁴[] “Com efeito, a expansão da participação do Judiciário, alcançando temas até então estranhos a sua esfera de ação, na vida social e política tem chamado a atenção de estudiosos que se preocupam com as questões envolvendo as relações entre Direito e sociedade”. CÁPPIO, M. *Jurisdição e Sociedade. Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Málaga. abr. 2011. Disponível em <http://www.eumed.net/rev/cccss/12/mc.htm>. Acesso em: 14 mai. 2012.

⁵[] AUDIÊNCIA PÚBLICA. 2010. Brasília. **Constitucionalidade de Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior**: notas taquigráficas. Supremo Tribunal Federal, 2010.

⁶[] MEDINA, D. *Amicus curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36.

⁷[] BISCH, I. da C. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: Um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010. p. 19.

⁸[] MEDINA, D. **Op. Cit.**, p. 17.

⁹[] BISCH, I. da C. **Op. Cit.**, p. 20.

¹⁰[] BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 48.

¹¹[] BISCH, I. da C. **Op. Cit.**, p. 49.

¹²[] “Foi na chamada *Warren Court* (1953-1969), conhecida pelo perfil liberal da maioria de seus integrantes, que a Suprema Corte passou a aceitar extensivamente informações não jurídica (*social science data*), quando do julgamento do caso *Brown v. Board of Education* (1954), se fez referência ao trabalho empírico de cientistas, indicando que a segregação racial em escolas causaria danos psicológicos às crianças.” BISCH, I. da C. **Op. cit.**, p.55.

¹³[] CORRÊA PINTO, J. G. B. **Repercussão geral e writ of certiorari**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro. p.35.

¹⁴[] DA SILVA, C. P. C. **O amicus curiae na Suprema Corte americana e no Supremo Tribunal Federal: um estudo de direito comparado**, 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 26.

¹⁵[] PURO, S. apud BISCH, I. **Op. Cit.**, p. 71.

¹⁶[] “A preliminar formal de repercussão geral é exigida nos recursos extraordinários interpostos de acórdãos publicados a partir de 3.5.2007, data de entrada em vigor da Emenda Regimental n. 21/2007 ao RISTF, que estabeleceu as normas necessárias à execução das disposições legais e constitucionais sobre o novo instituto (QO-AI 664.567, Pleno, Min. Sepúlveda Pertence).” BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Manual, Gabinete da Presidência. Brasília. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 19 abr. 2010

¹⁷[] STF, **RE n. 565.714**, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Brasília, DJ 23 abr.2008.

¹⁸[] STF, Decisão Monocrática, **ADPF n. 70**, Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília, 13 jun. 2005.

¹⁹[] MENDES, G. F. Controle de constitucionalidade: uma análise das Leis 9868/99 e 9882/99. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, jul./ago./set., 2009. p.5. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/rede.asp Acesso em: 12 mar.11.

²⁰[] STF, **RE n. 565.714**, Rel. Ministra Cármen Lucia, Brasília, DJ 23 abr. 2008.

²¹[] STF, **RE n. 565.714**, Rel. Ministra Cármen Lucia, Brasília, DJ 23 abr. 2008.

²²[] “Entretanto, apesar de prevista legalmente desde 2007, não há praticamente nenhuma manifestação de *amicus curiae* sobre a questão da repercussão geral nos últimos três anos. Em pesquisa realizada no sítio do Supremo Tribunal Federal, há apenas uma petição da Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras (ABRASF) requerendo que seja atribuída repercussão geral ao julgamento do feito, bem como seu ingresso no recurso extraordinário na qualidade de “*amicus curiae*”. Entretanto, como a repercussão geral já tinha sido reconhecida em outro recurso, a petição e os autos foram devolvidos ao tribunal de origem”. DA SILVA, C. P. C. **Op. Cit.**, p. 74.

²³[] BISCH, I. da C. **Op. Cit.**, p.116.

²⁴[] À título de exemplo, note-se que projeto de lei original do novo Código de Processo Civil (PLS n. 166/2010), a nova previsão de participação do *amicus curiae* nos julgamentos de primeira instância é alocada no Capítulo V cujo título é “Da intervenção de terceiros”, onde também são disciplinados a assistência e o chamamento.

²⁵[] “Não é qualquer interesse que autoriza um terceiro a intervir no processo em favor de uma das partes, mas sim apenas o interesse jurídico. O interesse, v.g., meramente afetivo, ou meramente econômico, não faculta a assistência. Em face do inter-relacionamento, da maior ou menor interdependência das relações jurídicas, frequentemente a sentença proferida na causa entre A e B poderá refletir-se em relação jurídica entre A e o terceiro C, ou entre B e o terceiro C, quer favorecendo a posição jurídica do terceiro, quer prejudicando-o juridicamente.” CARNEIRO, A. G. **Intervenção de terceiros**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.134.

²⁶[] MENEZES, P. de T. D. Aspectos gerais da Intervenção do *Amicus Curiae* nas Ações de Controle de Constitucionalidade pela Via Concentrada. **Revista Direito Público**. Brasília, jul-ago-set. 2007. Disponível em:

<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/index> Acesso em: 4 jan. 2012.

²⁷[] BINENBOJM, G. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.164.

²⁸[] **Ibid.** p. 164.

²⁹[] “Este primeiro critério (relevância da matéria) é menos enfático nas argumentações das decisões aqui analisadas. Na maioria das decisões os ministros relatores dão mais enfoque e importância para o segundo requisito (representatividade dos postulantes)”. LAURENTIS, T. **A caracterização do amicus curiae à luz do STF**. São Paulo, 2007. (Monografia) Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público. p.30.

³⁰[] DA SILVA, C. P. C. **Op. Cit.**, p.77.

³¹[] **Ibid.** p. 74.

³²[] Petição/STF nº 195.764/2006 e Petição/STF nº 149.063/2006.

³³[] LAURENTIS, T. **Op. Cit.**, p.35.

³⁴[] **Ibid.** p.30.

³⁵[] Pet. n. **23463**, ADI n. 3410. Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, 22 nov. 2011.

³⁶[] STF, **RE n. 593824**, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 1 nov. 2009.

³⁷[] STF, **ADI n. 3772**, Rel. Ministro Ayres Britto, Brasília, 17 abr. 2008.

³⁸[] STF, **ADI 3934 ED-AgR**. Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Brasília, 24 fev. 2011.

³⁹[] STF. **Pet. 146.065/2008**, RE n. 576155, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 12 ago. 2010.

⁴⁰[] BINENBOJM, G. **Op. Cit.**, p.164.

⁴¹[] STF, **RE n. 564.354**, Rel. Ministra Cármen Lucia, DJE 06 set. 2010.

⁴²[] FERREIRA, O. A. V. O Devido Processo Legal Substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal. **Revista Jurídica Virtual**. mai. 2004. Brasília Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_Olavo.htm Acesso em: 12 dez. 2011

⁴³ [] STF, **ADI nº 2.895-2**, Rel. Ministro Carlos Veloso, Brasília, 2 fev. 2005.

⁴⁴ [] STF. **ADI n. 2791 ED**, Rel. orig. Ministro Gilmar Mendes, Rel. p/ o acórdão Ministro Menezes Direito, Brasília, 22 abr. 2009.

⁴⁵ [] BRASIL, B. D. A ponderação judicial dos princípios constitucionais no neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba, Ago-dez. 2007. Disponível em: <http://www.cejur.ufpr.br/revista/artigos/002-2sem-2007/resumo-10.htm>. Acesso em: 31 de ago. 2011.

⁴⁶ [] ARGUELHES, D. W. Argumentos consequencialistas e Estado de Direito: subsídios para uma compatibilização. In.: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2005. Fortaleza. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 18.

⁴⁷ [] DA SILVA, C. P. C. **Op. Cit.**, p. 26.

⁴⁸ [] NETTO, F. G. de M. e CAMARGO, M. M. L. Representação argumentativa: fator retórico ou mecanismo de legitimação da atuação do Supremo Tribunal Federal. In.: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010. Fortaleza. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 134.

⁴⁹ [] Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo

[...]

§ 5º Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, a, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

⁵⁰ [] A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

[...]

⁵¹ [] Os ministros Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia votaram pela procedência total do pedido; a min. Ellen Gracie pela improcedência total e os ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Eros Grau votaram para interpretação conforme.

⁵² [] Dentre as características dessa síndrome estão: os índices de despersonalização, exaustão emocional e falta de envolvimento pessoal no trabalho.

⁵³ [] STF, **ADI n. 3772**, Rel. Ministro Ayres Britto, Brasília, 17 abr. 2008.

⁵⁴ [] STF, **ADI n. 3772**, Rel. Ministro Ayres Britto, Brasília, 17 abr. 2008.

⁵⁵ [] STF, **ADI n. 3772**, Rel. Ministro Ayres Britto, Brasília, 17 abr. 2008.

⁵⁶ [] STF, **ADI n. 3772**, Rel. Ministro Ayres Britto, Brasília, 17 abr. 2008.

⁵⁷ [] BRASIL. Ministério Público Federal. **Parecer nº. 5216**, Brasília.

⁵⁸ [] O ministro Menezes Direito não participou desse julgamento, pois estava licenciado.

⁵⁹ [] Sindicato Nacional dos Aeroviários, **Petição 136061/2009**, ADI n. 3934 ED-Ag-R., Brasília, 17 nov. 2009.

⁶⁰ [] STF, **ADI 3934 ED-Ag-R.**, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DJE 20 mai. 2010.

⁶¹ [] Grupo Arco-íris, SBDP, GGB, Anis, CEDI-CFMG, ASSTRAV, Cellos, GLBTT, EDH, AEB, CDH, CNBB e ABGLT.

⁶²[] A Conectas Direitos Humanos e a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros ingressaram com a mesma petição de *amicus curiae*, conjuntamente com elas, a Corsa – Cidadania, Orgulho, Respeito, Solidariedade e Amor. Entretanto, na decisão do relator, ele somente se referiu às duas primeiras como aceitas, todavia, visto se tratar da mesma petição, não se opera efetivamente uma exclusão da Corsa.

⁶³[] STF, Voto Ministra Cármen Lucia. **ADI n. 4277**. Rel. Ministro Ayres Britto, Brasília, 16 ago. 2011.

Bibliografia

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. 388p.

BINENBOJM, . **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 316p.

BISCH, I. da C. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: Um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010. 176p.

BRASIL, B. D. **A ponderação judicial dos princípios constitucionais no neoconstitucionalismo**. Disponível em: <http://www.cejur.ufpr.br/revista/artigos/002-2sem-2007/resumo-10.htm>. Acesso em: 31 de ago. 2011.

CÁPPIO, M. Jurisdição e Sociedade. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, Málaga. abr. 2011. Disponível em <http://www.eumed.net/rev/cccss/12/mc.htm>. Acesso em: 14 mai 2012.

CARNEIRO, A. G. **Intervenção de terceiros**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 276p.

CORRÊA PINTO, J. G. B. **Repercussão geral e writ of certiorari**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro.

DA SILVA, C. P. C. **O amicus curiae na Suprema Corte americana e no Supremo Tribunal Federal: um estudo de direito comparado**, 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 14. 2005. Fortaleza. **Anais...**Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010. Fortaleza. **Anais...**Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

FERREIRA, O. A. V. O Devido Processo Legal Substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal. **Revista Jurídica Virtual**. mai. 2004. Brasília Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_Olavo.htm Acesso em: 12 dez. 2011.

LAURENTIS, T. **A caracterização do amicus curiae à luz do STF**. São Paulo, 2007. (Monografia) Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público.

MEDINA, D. **Amicus curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?** São Paulo: Saraiva, 2010. 202p.

MENDES, G. F. Controle de Constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, jul./ago./set., 2009.

Disponível em: www.direitodoestado.com.br/rede.asp Acesso em: 12 mar.11.

MENEZES, P. de T. D. Aspectos gerais da Intervenção do *Amicus Curiae* nas Ações de Controle de Constitucionalidade pela Via Concentrada. **Revista Direito Público**. Brasília, jul-ago-set. 2007. Disponível em:

<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/index> Acesso em: 4 jan. 2012.